

Legitimidade na ação
civil pública e os
anteprojetos de Código
Brasileiro de Processos
Coletivos
por Humberto Martins
pág. 5



Enfam em novo
endereço virtual
pág. 9



Entrevista:
Desembargador
Henrique Herkenhoff
pág. 10

Novas tecnologias no
Poder Judiciário de
países da América Latina
*por Marvín Carvajal
Pérez*
pág. 16

Entrevista: Ministro Tarso Genro



Ministro da Justiça, Tarso Genro, na abertura oficial do curso de formação de multiplicadores em mediação e técnicas autocompositivas, e lançamento do Manual de Mediação Judicial

Ministro da Justiça do governo de Inácio Lula da Silva desde 2007, Tarso Genro possui longa trajetória política, iniciada com a militância exercida quando cursava Direito em Santa Maria, Rio Grande do Sul.

Após um período de exílio durante o regime militar, retornou ao Brasil, radicando-se em Porto Alegre, onde trabalhou na advocacia defendendo sindicatos e associações profissionais. Eleito vice-prefeito de Porto Alegre e prefeito por duas vezes seguidas, além de deputado federal, concorreu ao governo do Estado do Rio Grande do Sul. Em 2005, foi presidente nacional do Partido dos Trabalhadores (PT).

Como integrante do governo Lula a partir de 2003, ocupou, ainda, os cargos de secretário especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, ministro da Educação e ministro de Relações Institucionais.

Em entrevista ao Boletim da Enfam, o ministro Tarso Genro aborda a atual situação da Justiça em nosso país e os obstáculos que ela enfrenta, a preparação de magistrados, os projetos do Ministério da Justiça voltados para o aperfeiçoamento de juizes, a importância da Enfam e as ações conjuntas entre os dois órgãos, como também questões que têm como foco a punição de crimes e torturas do período militar.

págs. 3 e 4

Legitimidade na ação civil pública e os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos

por Humberto Martins

Nossa sociedade tem evoluído de uma atuação individualista para uma atuação concatenada dos grupos sociais de pressão. O exercício dos direitos individuais está atualmente limitado pelos ditames sociais, sendo certo que, em uma ponderação de valores entre interesse público primário e interesse individual, aquele deve, em regra, prevalecer.

Essa prevalência pode ser vista em todos os ramos do Direito e tem como exemplo a evolução do Código Civil de 1916, centrado no indivíduo e útil na época para afirmar a liberdade individual frente ao arbítrio estatal, para o Código Civil de 2002, elaborado com base na função social dos direitos.

O Direito Processual Civil não escapa dessa mudança de paradigmas, pois, desde a década de 70, o legislador tem notado que há interesses jurídicos coletivos que não podem ser tutelados judicialmente com as normas comuns e individualistas do processo de outrora.

Nesse contexto, a pressão dos atores sociais levou nosso legislador a editar o primeiro marco sobre Processos Coletivos, a Lei n.º 7.347/1985, texto normativo de grande qualidade, o que pode ser afirmado sem medo de críticas, pois, no estágio de evolução atual, é fácil desqualificar aquele estatuto, mas, em sua época, mostrou-se a citada lei um marco da vanguarda brasileira sobre o tema.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/1990, veio para consolidar o vigente sistema de Processos Coletivos, apresentando conceitos essenciais para evitar a confusão entre direitos individuais e direitos coletivos *lato sensu*, carentes de sistemática processual própria. E não se diga que o processo vive como um fim em si. Deve adequar-se às questões materiais colocadas, como bem leciona o Ministro Gilmar Mendes ao transformar os efeitos para adequar ao caso posto



nas ações originárias da competência do Supremo Tribunal Federal.

Debater o atual sistema jurídico relativo aos Processos Coletivos traz grande prazer ao estudioso, mas debater o futuro é ainda melhor, pois ilustra nossa capacidade de mudança e adequação à intercambiável realidade que nos espera. De fato, é esse poder de prever o futuro e traçar estratégias para torná-lo melhor que garantiu a sobrevivência de nossa espécie até os dias de hoje. Não só sobrevivemos ao passar dos tempos, mas também evoluímos individual e coletivamente, sendo o futuro o novo Código Brasileiro de Processos Coletivos.

A quatro ilustres juristas pode ser atribuída a elaboração, em 2004, do Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, tendo como base de debates a legislação brasileira e a experiência norte-americana sobre o tema. São eles:

– Ada Grinover, doutora e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), professora titular daquela prestigiada instituição;

– Kazuo Watanabe, doutor em Direito pela USP e professor da mesma universidade;

– Antonio Gidi, uma das maiores autoridades do mundo em *class actions*, doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e pela University of Pennsylvania (EUA) e professor da prestigiada University of Houston (EUA); e

– Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, pós-doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha) e professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

De fato, 2004 representa verdadeiro marco na busca de uma codificação para os Processos Coletivos, não só para a América do Sul, mas também para todas as nações que têm compromisso com o Estado Democrático de Direito e seus reflexos nos princípios processuais. O Código Modelo foi fruto de maturação científica e pragmática alcançada, em nossa sociedade, com a contribuição do Ministério Público, dos Tribunais, do Estado e da sociedade civil organizada na interpretação e aplicação das normas atuais de nosso sistema.

Não entremos aqui no debate sobre benefícios e malefícios da codificação, pois partimos da premissa de que nosso sistema é positivista, na forma descrita por Norberto Bobbio em seu livro *O Positivismo Jurídico*. Já o sistema dos Estados Unidos da América (EUA), como afirma Couto Filho, é realista, portanto não tão afeto às codificações, tendo a norma como previsão, e não como prescrição para a decisão judicial. Em um ordenamento positivista, a codificação apresenta, em regra e quando observadas as relações sistêmicas, mais benefícios do que malefícios.

O pioneirismo do Instituto Ibero-americano inspirou esses quatro juristas a criarem duas versões de anteprojeto nacional. A primeira foi capitaneada por Ada Grinover, na Pós-Graduação da USP. A segunda resultou de uma *joint venture* acadêmica protagonizada pelos docentes dos Programas de Pós-Graduação da UERJ e da Universidade Estácio de Sá.

Tanto a *joint venture* carioca quanto a escola paulista produziram, em 2007, os frutos esperados: dois excelentes anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos. No mesmo ano, tais projetos foram enviados ao Ministério da Justiça para consulta pública e posterior início do processo legislativo.

Não há dúvida de que se trata do início do debate sobre uma codificação, sendo certo que, apesar da euforia inicial despertada, os estudiosos e aplicadores do Direito devem ser pacientes, pois nossa história jurídica mostra que alguns códigos levaram mais de trinta anos tramitando no Congresso Nacional.

Não faço crítica à lenta tramitação dos anteprojetos na Casa Legislativa, porquanto tal demora apresenta aspectos positivos e negativos. Entre os positivos podemos citar a maturação e o aperfeiçoamento das normas pela análise cuidadosa de seu conteúdo. Entre os negativos, o vácuo legislativo e a insegurança jurídica causada pela ausência de normas para os fatos novos surgidos no seio da sociedade.

A elaboração de normas jurídicas afigura-se simples para os leigos, mas qualquer iniciado na área jurídica tem a noção da dificuldade apresentada na confecção de normas gerais que disciplinam as condutas de mais de 180 milhões de brasileiros.

Fácil é afirmar que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei, na forma do art. 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil; difícil é elaborar norma jurídica dotada de eficácia técnica, jurídica e social. Assim, em vez de criticarmos as imperfeições dos códigos ou a demora em sua tramitação, devemos debater as normas desse novo marco processual.

O início desse debate se dá com a tentativa de posicionar o novo Código. Será o estatuto um subsistema ou um microssistema? Inspirado nos estudos biológicos de Maturana e Varela, Niklas Luhmann afirma que o Direito é um sistema como os dos organismos vivos, formado de elementos que se relacionam para montar um todo diferente da mera soma de suas partes, portanto sendo o vínculo ou a inter-relação o requisito essencial para a existência de um sistema.

Ressalte-se que o vínculo ou a inter-relação pode ser relativizada em vários níveis. Explico: o ordenamento jurídico é um sistema, mas o Direito Processual Civil, apesar de contido em um sistema maior, também pode configurar um sistema. A abrangência do meio e do sistema pode ser sempre relativizada com base no corte proposto pelo estudioso.

A relativização não encontra limites. O Código de Processo Civil pode representar um sistema e a sua legislação extravagante, conforme o caso, um microssistema ou um subsistema. Uma lei extravagante que adote os mesmos princípios estabelecidos no CPC será um subsistema, já uma lei outra que adote uma principiologia processual própria será um microssistema.

Novamente, surgem as perguntas: O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos é um subsistema ou um microssistema? Adota princípios próprios relativos à legitimidade, à causa de pedir, à eficácia da coisa julgada, à litispendência e à competência ou tem os mesmos comandos gerais do CPC?

É lógico que a principiologia é diversa, portanto deve o novo código ser classificado como um microssistema. E é justamente por isso que suas normas não foram incluídas no próprio texto do Código de Processo Civil como um novo rito. Não há como conciliar em um mesmo texto normativo sistemas com princípios tão antagônicos, ainda que como regra e exceção.

Observem que tal classificação não se mostra mera divagação acadêmica, tendo aplicação prática, uma vez que as lacunas das normas dos subsistemas são preenchidas pelas normas do sistema, mas as lacunas nos microssistemas são preenchidas pela atividade cotidiana dos aplicadores do Direito, baseada na ponderação dos fatos que lhes são apresentados.

Lacunas sempre existirão em decorrência de fatos que não encontrarão suas hipóteses descritas nas normas do futuro Código Brasileiro de Processos Coletivos. Por isso, temos que estar atentos a essas lacunas e resolvê-las, sob pena de perdemos uma excelência duramente

conquistada, ilustrada nas palavras do professor Antonio Gidi:

A Europa não pode ser ponto de referência para o Brasil em termos de processo coletivo. Ao contrário, somos nós, brasileiros, quem devemos dar essa lição para todo o mundo da *civil law*. Ao menos na área de direito processual coletivo, nós somos o ponto de referência para a doutrina e o legislador europeu.

Passemos a analisar as estruturas das duas versões. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelo grupo da USP tem 52 artigos, apresentados em seis capítulos:

- Das demandas coletivas;
- Da ação coletiva ativa;
- Da ação coletiva passiva originária;
- Do mandado de segurança coletivo;
- Das ações populares;
- Das disposições finais.

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pela UERJ e pela Estácio de Sá tem sessenta artigos, apresentados em quatro partes:

- Das ações coletivas em geral;
- Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos;
- Da ação coletiva passiva;
- Procedimentos especiais.

Ora, as estruturas são semelhantes e facilitam o labor do aplicador do Direito, que encontrará em um só estatuto normativo todo o rito dos Processos Coletivos. Entremos nos aspectos novos das versões. Em ambas, busca-se um juízo especializado para o julgamento das demandas coletivas. Certamente, serão formadas duas correntes: a primeira defenderá a especialização, afirmando que um magistrado especializado poderá, com base em sua prática diária, ofertar melhor tutela; a segunda afirmará que a especialização consagrada nas normas constitucionais e infraconstitucionais está relacionada à matéria debatida em juízo, e não ao procedimento adotado, salvo algumas exceções, questão que deve ser levada à discussão durante o trâmite legislativo do Código.

Com relação ao foro, mostra-se interessante o tratamento dado pela versão da USP, pois estabelece como competente:

- o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

- o foro de qualquer das comarcas ou subseções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até três delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

- o foro da capital do Estado para os danos de âmbito regional, compreendendo quatro ou mais comarcas ou subseções judiciárias;

- o foro de uma das capitais dos Estados, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até três Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

- o foro do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de três Estados, ou de âmbito nacional.

O anteprojeto não vai, certamente, resolver todas as dúvidas sobre a competência do juízo, uma vez que não há norma jurídica perfeita, mas se mostra mais completo do que a norma atual.

Agora, a questão de grande interesse, a legitimidade. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes afirma, com grande pertinência, que o anteprojeto do Código tem como escopo democratizar o acesso à Justiça, fortalecendo as ações coletivas, a partir da ampliação do rol de legitimados.

Entende o autor que a posição rompe com os sistemas tradicionais que atribuem com certa exclusividade a legitimidade ora a órgãos públicos, ora a associações e organizações não governamentais, como ocorre na Alemanha. Ou, quase exclusivamente, aos indivíduos, como acontece nos EUA com as *class actions*.

É melhor restringir ou ampliar a legitimidade? Já debati o tema com colegas dedicados ao estudo do Direito. Perguntávamos se a legitimidade apresentada para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) é muito restrita ou preserva a viabilidade quantitativa do sistema. Tínhamos dúvida sobre os benefícios da inclusão do cidadão no rol dos legitimados, pois, por um lado, tornaria

mais democrático o processo, mas, de outra sorte, poderia tornar ineficaz a prestação da tutela jurisdicional em face do aumento indiscriminado no número de processos.

Apesar de fazermos ciência, não devemos fechar os olhos para os fatos e para o princípio da reserva do possível. De nada adianta ter um sistema legislativo ideal sem um Poder Judiciário efetivamente aparelhado para a prestação da tutela.

Ontologicamente, o ideal e o real se encontram sempre separados, e tal separação se apresenta especialmente quando tratamos do Estado, pois muitas são as demandas e poucos os recursos financeiros. Logo, a análise da ampliação dos legitimados no Processo Coletivo passa também por barreiras orçamentárias, devendo, portanto,

“

*Não só sobrevivemos
ao passar dos
tempos, mas também
evoluímos individual e
coletivamente,
sendo o futuro o novo
Código Brasileiro de
Processos Coletivos.*

”

ser buscado o equilíbrio de modo a não afastar os princípios democráticos no rol dos legitimados e manter a eficácia e o tempo razoável para a prestação da tutela.

Nas versões apresentadas, o Ministério Público continua sendo o legitimado maior – em razão de sua natureza de defensor da sociedade –, mas foi assimilada a sistemática dos EUA para incluir como legitimada para o Processo Coletivo qualquer pessoa do povo.

Assim, fica claro que o projeto aprovado deve buscar a eficácia jurídica, social e técnica de suas normas

conferindo legitimidade a atores que realmente possam, sem prejuízo da celeridade processual, buscar a tutela dos interesses envolvidos, em detrimento de um estatuto supostamente ideal e ineficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed., São Paulo: RT, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed., São Paulo: RT, 2005.

COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. Considerações sobre a validade, a vigência e a eficácia das normas jurídicas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=21>>. Acesso em: 15 set. 2009.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos y individuales en Brasil: um modelo para países de derecho civil**. Trad. Luccio Cabrera Acevedo. Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 3. ed., São Paulo: RT, 1994.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

Humberto Martins ocupa, desde 2006, o cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça. Foi desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, oriundo da advocacia, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Alagoas (OAB/AL), e professor da Universidade Federal de Alagoas (UFAL).